

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Codification et décodification

Thunis, Xavier; van der Mensbrugghe, François

Publication date:
1998

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Thunis, X & van der Mensbrugghe, F 1998, *Codification et décodification: le droit comparé à contribution*. Cahiers de la Faculté de droit de Namur, VOL. 7, VOL. 7, FUNDP. Faculté de droit, Namur.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**Codification et décodification :
le droit comparé à contribution**

Xavier THUNIS
François van der MENSBRUGGHE

CAHIER N° 7

OCTOBRE 1998

Codification et décodification : le droit comparé à contribution

Un code n'est pas seulement un ensemble ordonné de textes. C'est aussi un mythe qui structure l'imaginaire juridique et inspire l'entreprise de codification. En Belgique, les codifications récentes ne sont pas toujours à la hauteur du mythe : elles compilent plus qu'elles n'ordonnent¹. Dans ce genre de codifications, le droit comparé joue un rôle assez limité que l'on s'attache à caractériser. On se demandera si cette utilisation restreinte n'est pas liée à un certain type de codification, sectorielle et quantitative qui marque l'époque contemporaine² (I). Le temps des grands codes (Code civil français ou allemand) et donc des confrontations de traditions juridiques nationales paraît en effet révolu. Bien plus, les codes qui ont survécu sont soumis à un mouvement de décodification. Celle-ci prend deux formes principales : soit elle attaque le code de l'intérieur en y insérant des lois qui ne respectent pas son ordonnancement et font figure d'ectoplasme. Tel est le cas du Code de commerce belge de 1867 qui n'est plus qu'une collection de lois particulières³. Soit la décodification opère plus franchement et du dehors : le code reste intact mais les textes qui devraient s'intégrer sont soustraits à son empire. Ils demeurent à l'état de lois particulières. Celles-ci forment une nébuleuse et gravitent autour du code qu'elles viennent compléter ou modifier sur des points parfois fondamentaux. On peut citer deux exemples. Sous l'influence de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux⁴, le Code civil belge s'est vu adjoindre, sans intégration, la loi du 25 février 1991 (M.B., 22 mars 1991). De même la loi belge du 14 juillet 1991 (M.B., 29 août 1991) anticipant la directive européenne du 5 avril 1993⁵ règle, en dehors du Code civil, la matière des

¹ Pour une synthèse de la situation en Belgique, H. SIMONART, "La codification en droit belge : rayonnement et limites de la codification napoléonienne". *L'Actualité juridique - Droit administratif*, 20 septembre 1997, p. 672 et s.

² V. les réflexions stimulantes de F. ZENATI, "Les notions de code et de codification" in *Mélanges Christian Mouly*, t. 1er, Paris, Litec, 1998, p. 217 et s.

³ Comme l'écrit H. SIMONART, (*op. cit.*, p. 673) de façon imagée, "du *corpus* originaire, ... ne subsiste que le squelette".

⁴ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.C.E.*, n° L 210/29 du 7 août 1985.

⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 95/29 du 21 avril 1993.

clauses abusives pourtant directement liée aux principes directeurs de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi.

Cette façon de faire entraîne une dispersion des matières relevant naturellement du Code civil. Le droit européen y est pour quelque chose. On s'interrogera sur le rôle du droit comparé dans le mouvement de décodification qui affecte le droit privé belge par le truchement des directives européennes (II).

I. Le recours au droit comparé dans les nouvelles codifications

On l'a dit, le Code est un mythe. Dans sa forme la plus achevée et la plus systématique, il représente une sorte de perfection à laquelle aspire toute discipline juridique qui y affirme de façon quasi politique, son existence, sa cohérence et sa légitimité⁶. Sur le plan social, la codification, comme le souligne P. BOURDIEU, « apporte des profits collectifs de clarification et d'homogénéisation »⁷. Même imparfait ou modeste, le code a une vertu cognitive : il facilite l'accès au droit et le fait connaître⁸.

Les formes de codification observées ne se laissent toutefois pas facilement réduire à un commun dénominateur. Une forme minimale de codification consiste à regrouper dans un même document des textes jusqu'alors dispersés sans les réordonner ni les modifier. C'est la codification-compilation, opération presque purement matérielle de juxtaposition dont le résultat est parfois qualifié de code par ses auteurs, ce qui est contestable⁹.

A l'autre extrême, la codification au sens noble, celle dont Portalis disait qu'elle est "l'esprit de méthode appliqué à la législation", opère une mutation qualitative des règles rassemblées. Celles-ci se voient réordonnées, complétées et hiérarchisées dans un ensemble ayant une ambition systématique et des principes directeurs propres.

⁶ Pour plus de détails, F. OST, "La codification, une technique juridique pour aujourd'hui" in *L'État propulsif* (C.A. MORAND éd.) Publisud 1991, p. 239 et s. qui, se référant à VANDERLINDEN, synthétise les attributs concourant à réaliser cette perfection juridique : concentration de la matière juridique, publicité, maniabilité, structuration, clarté, complétude, etc.

⁷ P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, éd. de Minuit 1987, p. 98 et s. Cette affirmation du sociologue a été reprise par plusieurs hommes politiques français. MM. Rocard et Balladur notamment insistent sur la nécessité de la codification comme instrument de la connaissance et de la compréhension du droit. Cf. sur ce point B. OPPETIT, "De la codification", *D.S.* 1996, chron. p. 35, 2ème colonne.

⁸ Ceci est fortement souligné par F. ZENATI, *op. cit.*, p. 246 et s.

⁹ Ces compilations font accéder à la dignité de codes la simple juxtaposition de lois, ce qui jette le trouble sur la distinction entre celles-ci et ceux-là (F. ZENATI, *op. cit.*, p. 249). A l'inverse, certaines lois qui regroupent et organisent de façon structurée des ensembles de textes parfois considérables se refusent la qualification de codes qu'elles mériteraient pourtant. V. sur ce point les observations de H. SIMONART, *op. cit.*, p. 674 (à propos de la codification de la loi communale) et de J. HOEFFLER, "L'avenir de la codification en Belgique", in *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1986, n° 3-4, p. 770 et s. (à propos des codifications par secteurs).

Si l'époque contemporaine n'est pas riche en grands codes, elle est féconde en cas de figures intermédiaires¹⁰. La codification dite à droit constant, qui réordonne des normes existantes sans (en principe) en créer de nouvelles, en fournit une belle illustration.

Ces clarifications sont utiles mais relatives. La codification à droit constant n'est pas très éloignée de la compilation. En sens inverse, on remarque que le simple rapprochement des textes a une vertu heuristique. Leur mise en relation en change la perception et, dans une certaine mesure, le sens¹¹.

Cela étant, et sans sous-estimer les ambitions réformatrices qui peuvent animer certaines matières nouvelles telles que le droit de la consommation ou le droit de l'environnement, il faut reconnaître que les codifications contemporaines sont plus des méthodes de présentation que de production du droit¹². La question qui va guider notre examen est alors de savoir si à un type de codification modeste ou minimaliste correspond un certain type d'utilisation du droit comparé.

Les publicistes belges refusent généralement de considérer comme une codification le réaménagement des textes constitutionnels qui a donné lieu à un document nouveau dénommé "Constitution coordonnée le 17 février 1994". Le motif en est que le réaménagement s'opère à l'intérieur d'un document normatif préexistant¹³. Etant donné que la différence avec une codification *stricto sensu* est assez mince et que la Constitution est un document fondamental, il nous a paru nécessaire d'examiner, dans les travaux préparatoires, quelles sont les références au droit comparé.

La détermination des compétences est éclairante à cet égard. Dans la plupart des États fédéraux, les compétences résiduelles sont attribuées aux entités fédérées et non à l'État fédéral (central)¹⁴. Dans le processus belge de

¹⁰ La classification la plus fine est celle proposée par B. OPPETIT (*op. cit.*, p. 37 et s.) qui distingue codes-compilations, codes consolidation, codifications réformatrices et codifications menées à droit constant.

¹¹ F. ZENATI, *op. cit.*, p. 248.

¹² G. MARTIN, "Principes pour une codification de l'environnement" in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* Bruxelles, VUB Press, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 289 et s.

¹³ H. SIMONART, *op. cit.*, p. 672; dans le même sens, F. DELPEREE, "La révision de la Constitution et la codification", in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 135 et s.

¹⁴ Cfr., par exemple, le Xème amendement de la Constitution des États-Unis : « The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people ».

fédéralisation, entamé en 1970¹⁵, le Constituant devait décider s'il allait suivre cette tendance dominante, ou bien se ranger du côté des États, comme l'Inde, l'Afrique du Sud et le Canada, où les compétences résiduelles sont dévolues à l'État central. Allait-il suivre l'exemple de la Loi fondamentale allemande qui comprend une liste de compétences fédérales et une liste de compétences concurrentes¹⁶ ? Des listes précises ou bien des matières qualifiées globalement ?

Dans un premier temps, le Constituant belge considéra qu'il pouvait se passer de tout éclairage étranger. Tout en explicitant la structure institutionnelle allemande avec force détails, un commissaire souligne qu'en cette matière : « comparaison n'est pas raison »¹⁷. Sans doute peut-on attribuer cette volonté de faire cavalier seul au caractère singulier du fédéralisme belge¹⁸. Son dynamisme *centrifuge* (un fédéralisme de *dissociation* par opposition à un fédéralisme *d'association*), son aspect *bipolaire* ou de *confrontation* (deux volontés politiques, celles du Nord et du Sud, qui s'expriment, voire s'affrontent), mettent le fédéralisme belge à part, en font un « cas ». Dès lors, la comparaison n'apparaît pas de prime abord féconde.

« No man is an island » disait toutefois John Donne. Ne fût-ce que pour éclairer son choix, le Constituant belge ne pouvait faire l'économie d'un regard à l'extérieur. Sa démarche illustre bien la technique de la comparaison par allusion plutôt qu'une comparaison-justification ou une comparaison-emprunt direct¹⁹. Ainsi, de nombreuses références aux modèles fédéraux étrangers émaillent les travaux du Constituant (pas moins de quatorze)²⁰. Au terme de ce tour d'horizon, le Constituant belge a finalement décidé d'attribuer les compétences résiduelles aux communautés et aux régions²¹.

¹⁵ Dans une abondante littérature sur cette question, cfr. M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, Bruxelles, Bruylant, 1991. Cfr. en particulier le titre second de l'ouvrage sur « L'émergence progressive et chaotique d'un système fédéral en Belgique ».

¹⁶ Articles 70-75 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 : cfr. S. GILCART, E. CEREXHE, et L. le HARDY de BEAULIEU, *Douze constitutions pour une Europe*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

¹⁷ Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions par M. Vandenberge, Sénat, *Doc. parl.*, 1992-1993, n° 100-29/3° (reprise dans la *Pasinomie*, 1993, p. 1290).

¹⁸ F. DELPEREE, « Le fédéralisme, forme d'adaptation de l'État-nation : le cas de la Belgique », in *Au-delà et en-deçà de l'État-nation*, sous la direction de C. PHILIP et P. SOLDATOS, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 139-158, p. 149 et s.

¹⁹ G. HORSMANS, « L'utilisation du droit comparé par le législateur », *Rapports belges (vol. 2) au XIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant et Kluwer, 1985, p. 1-19, p. 10.

²⁰ Mention est faite aux modèles des États suivants : États-Unis, Canada, Russie, Suisse, Allemagne, Autriche, Espagne, Argentine, Australie, Mexique, Venezuela, Inde et Afrique du Sud.

²¹ Il convient d'ajouter que l'entrée en vigueur de l'article 35 dépend de l'insertion dans la Constitution belge d'un nouvel article déterminant les compétences exclusives de l'autorité fédérale. Cette insertion n'a toujours pas eu lieu. Cfr. articles 127-133 pour les compétences des communautés et les articles 134-140 pour les compétences des régions.

Un autre exemple d'éclairage par la comparaison vient du principe de la loyauté fédérale, consacré à l'article 143 de la Constitution dans les termes suivants :

« Dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'État fédéral, les communautés, les régions et la Commission communautaire commune agissent dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter des conflits d'intérêts ».

Ici, le Constituant belge s'est inspiré de la règle allemande de la *Bundestreue*²². Cette règle, aux origines lointaines, consiste en une série d'obligations et de limites à l'exercice des compétences qui régulent les rapports entre le *Bund* et les *Länder* et entre les membres de l'État fédéral. Davantage qu'une règle de morale ou de comportement politique, il s'agit en droit constitutionnel allemand d'un « important principe de droit non écrit inhérent au fondement fédéral de la Constitution du Reich »²³.

Lorsqu'il a tenté d'aménager les rapports entre les différentes collectivités fédérées et l'État fédéral, le Constituant belge a fait de nombreuses allusions à la *Bundestreue*²⁴.

Simple recherche d'informations ? Ou bien s'agit-il d'une démarche davantage juridique, impliquant une analyse fouillée, quasi systématique du droit étranger ? L'on pencherait plutôt en faveur de la deuxième branche de l'alternative. Après avoir esquissé le contexte historique du concept allemand, le Constituant belge s'étend sur la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale) et s'interroge sur sa transposition en droit

²² Parmi une littérature abondante en droit belge, cfr. entre autres Y. LEJEUNE, « Le principe de la loyauté fédérale : une règle de comportement au contenu mal défini », *Administration publique*, 1994, p. 233-238; *La Loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe* (sous la coordination de J. VERHOEVEN), Bruxelles, Larcier, 1997. Sur le principe de la *Bundestreue* en droit allemand (dans la littérature de langue française), cfr. H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN von WAHLENDORFF, « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la *Bundestreue* (fidélité fédérale), *Revue du droit public*, 1979, p. 769-793; M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, Tome II (Droit Public - Droit pénal), Paris, Cujas, 1984, p. 87.

²³ P. PEETERS, « Le principe de la loyauté fédérale : une métamorphose radicale », *Administration publique*, 1994, p. 239-242, p. 241. L'auteur souligne que la doctrine allemande tient la *Bundestreue* pour peu utile. Dans bien des cas, l'on pourrait se satisfaire des principes traditionnels d'abus de droit et de proportionnalité : p. 242. MM. Fromont et Rieg semblent partager cet avis : *op. cit.*, p. 94, note 9.

²⁴ V. travaux du Sénat belge. Cfr., par exemple, l'amendement proposé par M. CEREXHE et consorts (*Révision du titre III, chapitre III bis, de la Constitution, en vue d'y ajouter des dispositions relatives à la prévention et au règlement des conflits d'intérêts*), Sénat, *Doc. parl.*, 1991-1992, n° 100-27/7°, p. 3; cfr. le Rapport complémentaire fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, par M. BENKER : Sénat, *Doc. parl.*, 1991-1992, n° 100-27/8°.

belge²⁵. Il apparaît bien que toutes les acceptions allemandes du concept ont été passées en revue afin de décider de son caractère obligatoire ou non en droit belge.

Outre la question des compétences, le Constituant belge s'est attaché à des exemples étrangers pour justifier de nouveaux arrangements institutionnels. A titre d'exemple, citons la question du cumul des mandats de parlementaire et de fonction ministérielle, prévue à l'article 50 de la Constitution²⁶. Jusqu'en 1993, il était possible pour un ministre belge de s'exprimer en sa qualité de parlementaire, d'où un certain nombre d'incidents et une « confusion sur le plan politique »²⁷. Pour y remédier, le Constituant belge pouvait suivre soit l'exemple d'États où il existe une incompatibilité stricte entre les deux fonctions (Pays-Bas, France, Norvège, Suède, États-Unis)²⁸, soit l'exemple d'États où un membre du gouvernement est nécessairement un parlementaire (Royaume-Uni)²⁹. Finalement, c'est l'incompatibilité qui a été retenue par le Constituant. On se trouve ici devant un exemple de technique de comparaison-justification.

Au-delà de cet éclairage par la comparaison, en apparence simple, il convient encore dans un État multilingue comme la Belgique, de résoudre les questions posées par la rédaction des textes adoptés, d'où des comparaisons internes évidentes³⁰. Précisément dans le cas de l'incompatibilité des mandats de parlementaire et de ministre, on a relevé que les versions française et néerlandaise du texte soumis à adoption différaient de la version allemande. Pour les deux premières versions il était prévu qu'un parlementaire nommé à une fonction ministérielle « cesse de siéger ». Or, le texte allemand disposait que ce parlementaire « perd son siège » (*verliert seinen Sitz*). N'était-il pas dès lors possible d'en déduire que la version allemande impliquait la perte définitive du mandat parlementaire, et non pas sa suspension ? En l'occurrence, le doute ne pouvait subsister longtemps puisque les trois versions du texte prévoyaient la reprise du mandat lorsqu'il était mis fin aux fonctions de ministre³¹.

²⁵ Rapport complémentaire fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, par M. BENKER, *op. cit.*.

²⁶ L'article 50 de la Constitution belge dispose : « Le membre de l'une des deux Chambres, nommé par le Roi en qualité de ministre et qui l'accepte, cesse de siéger et reprend son mandat lorsqu'il a été mis fin par le Roi à ses fonctions de ministre. La loi prévoit les modalités de son remplacement par la Chambre concernée ».

²⁷ Réponse du Premier ministre lors de son interpellation sur les déclarations du ministre des Affaires sociales : cfr. Chambre des représentants, Annales des séances plénières, n° 37 du jeudi 11 février 1993, p. 1.503-1.511; références incidentes dans la *Pasinomie*, 1993, p. 1341 et p. 1343.

²⁸ Chambre, *Doc. parl.*, 1992-1993, n° 811/4 (reprise dans la *Pasinomie*, 1993, p. 1341).

²⁹ Sénat, *Doc. parl.*, 1992-1993, n° 100-5/3° (reprise dans la *Pasinomie*, 1993, p. 1345).

³⁰ Sur les difficultés terminologiques du comparatiste, cfr. H.C. GUTTERIDGE, "The Comparative Aspects of Legal Terminology", *XII Tulane Law Review*, 1938, p. 401-411.

³¹ Sénat, *Doc. parl.*, 1992-1993, n° 100-5/3° (reprise dans la *Pasinomie*, 1993, p. 1351).

Hormis le Code judiciaire du 10 octobre 1967 qui réalise une vaste réforme de la procédure civile et de l'organisation judiciaire³², les oeuvres législatives de grande envergure sont rares en droit belge contemporain³³. On en a conclu au déclin de la (vraie) codification³⁴. Signalons toutefois qu'en vertu d'une loi du 4 août 1996 le Conseil d'État peut aujourd'hui coordonner, codifier ou simplifier la législation sur habilitation du Premier ministre, des présidents des assemblées législatives fédérales, communautaires ou régionales, ou des présidents des Gouvernements communautaires ou régionaux³⁵. Cette réforme constitue un changement considérable par rapport à la procédure prévue dans la loi du 13 juin 1961 relative à la coordination et à la codification des lois³⁶.

Un double mouvement a affecté l'État belge durant la seconde moitié de ce siècle : l'intégration européenne le soumet à l'influence grandissante des directives et règlements communautaires; le fédéralisme, proclamé depuis 1993 par l'article 1 de la Constitution, consacre la compétence exclusive des régions et communautés dans des matières importantes, telles que l'environnement, l'enseignement, le logement, etc.³⁷.

Cette perte de substance législative de l'État central au profit des institutions européennes et des entités fédérées réagit sur la nature et l'objet des codifications récentes en Belgique.

a) Un premier type de code concerne des matières traditionnellement considérées comme nationales parce que très liées au génie particulier d'un peuple ou à l'exercice de la souveraineté étatique. Tel est le cas du Code judiciaire, du Code de la nationalité, des différents codes adoptés dans le domaine fiscal³⁸ (à l'exclusion de la T.V.A.) ou encore de la récente réforme du code de procédure pénale³⁹. Encore faut-il apporter quelque nuance à cette

³² Parmi les publications de l'époque à ce sujet, v. E. KRINGS, C. CAMBIER, A. FETTWEIS, J. van den BOSSCHE, G. HORSMANS, P. WATELET et P. JENARD, *Le Code judiciaire*, Namur et Bruxelles, Larcier 1969.

³³ Pour un aperçu d'ensemble, H. SIMONART, *op. cit.*, p. 672 et s.

³⁴ J. HOEFFLER, *op. cit.*, p. 769.

³⁵ V. article 6 bis des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, inséré par l'article 7 de la loi du 4 août 1996 (*M.B.*, 20 août, Errat., *M.B.* 8 oct.) en vigueur le 1er octobre 1996 (art. 47) et modifié par l'art. 6 de la L. du 8 sept. 1997 (*M.B.*, 16 oct.). Le travail de codification est confié au bureau de coordination du Conseil d'État, lui-même composé de dix référendaires. Une fois le projet de code réalisé, il est soumis à la section de législation du Conseil d'État qui le transmet, avec avis, au Premier ministre ou aux présidents intéressés.

³⁶ *M.B.*, 11 juillet 1961. Sous l'empire de cette loi, l'initiative de codification appartenait au ministre qui avait l'Administration générale dans ses attributions ou au ministre compétent. En tout état de cause, il fallait passer par le Roi.

³⁷ V. en général F. DELPEREE, "La Belgique est un État fédéral", *J.T.*, 1993, p. 637 et s.

³⁸ Pour un aperçu d'ensemble, H. SIMONART, *op. cit.*, p. 674.

³⁹ Loi du 12 mars 1998, *M.B.*, 2 avril 1998, p. 10027. V. en général D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, « La réforme 'Franchimont'. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à

affirmation générale : les travaux préparatoires du Code judiciaire affirment une volonté comparative et l'influence française s'y exerce, explicitement ou implicitement⁴⁰.

Les choses ne sont pas figées. Si les droits judiciaire, fiscal ou administratif sont, à première vue, centrés sur des besoins nationaux et peu perméables au droit comparé, des évolutions ne sont pas exclues. Dans le domaine du droit judiciaire, par exemple, il est symptomatique que M. CATHALA, auteur français rendant compte en 1968 du nouveau code judiciaire belge⁴¹ soulevait, en finale de son étude, la question du rapprochement des règles procédurales en vigueur dans les États de la Communauté. Même une matière institutionnellement très marquée peut utilement s'enrichir des apports du droit comparé. C'est d'un droit comparé *intra-communautaire* qu'il s'agit.

b) L'influence du droit européen sur les recherches de droit comparé sera soulignée à plusieurs reprises dans cette contribution. Elle apparaît nettement dans un deuxième type de codification. Celle-ci trouve son origine dans l'initiative européenne qui décide d'unifier ou d'harmoniser un ensemble de règles pour des raisons liées à l'achèvement du marché intérieur. Le Code de la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.), introduit par la loi belge du 3 juillet 1969, a sa source dans les différentes directives européennes⁴² qui visent à mettre en place un système uniforme de taxation des échanges. Ce nouveau code, qui se substitue à l'ancienne réglementation de la taxe assimilée au timbre, résulte de négociations entre les États européens. Il retranscrit pratiquement les directives européennes dont la rédaction, extrêmement précise, laisse peu de marge aux États membres et obscurcit la distinction entre une directive et un règlement⁴³. C'est le droit européen lui-même, par le biais d'une directive ou d'un règlement, qui provoque ainsi le phénomène de codification⁴⁴ dans le droit interne des États membres.

Dans le même ordre d'idées, ne peut-on dire que le droit administratif belge devient, lui aussi, le lieu de rencontre possible du droit comparé, du droit

l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, p 417 et s.

⁴⁰ Sur ce point, G. HORSMANS, *op. cit.*, p. 11 et s. Cet auteur qualifie le législateur belge de comparatiste primaire (il limite ses recherches à une nation amie et voisine) et adepte de la comparaison familiale (La comparaison se situe au sein de la même famille juridique).

⁴¹ T. CATHALA, "Le nouveau "Code judiciaire" de la Belgique", *D.* 1968, chron. 141.

⁴² La directive de base est celle du 17 mai 1977 (77/388) qui détermine l'assiette uniforme de la T.V.A. dans les États membres de l'époque. Cette directive, la sixième, a été modifiée à plusieurs reprises par des directives visant à rapprocher les taux et à poursuivre l'harmonisation.

⁴³ La reprise, *verbatim*, dans le droit interne, de dispositions communautaires, soulève des problèmes de compétence de la *Cour de Justice des Communautés européennes* (C.J.C.E.) à l'occasion de questions préjudicielles (art. 177 CE). L'évolution de la Cour sur cette question a été « assez mouvementée ». Cfr. à cet égard Fr. POILVACHE, « Compétence préjudicielle et dispositions nationales inspirées du droit communautaire », *Journal des tribunaux - Droit européen*, 1998, p. 121-125.

⁴⁴ Ou de décodification : v. *infra*.

européen et d'une entreprise de codification⁴⁵. Hormis quelques actes d'application générale⁴⁶, c'est la fragmentation des règles, préjudiciable aux administrés, qui caractérise le droit administratif belge contemporain. Même si la codification administrative n'est pas à l'ordre du jour du législateur belge, il est significatif que la doctrine propose de codifier les règles d'élaboration de décisions exécutoires, en ce compris les enquêtes administratives auprès de personnes affectées par une décision, les consultations obligatoires d'organismes divers, l'obligation de motiver les décisions et les conditions du recours administratif. Certains, se référant à l'article 100 du Traité de Rome, soutiennent que le niveau européen est en définitive le plus approprié pour procéder à une telle codification :

« The *glaring deficiency* of Belgian administrative law in codification efforts, can possibly be cured if codification would occur at the European level »⁴⁷ (nous soulignons).

Signalons qu'un accord de coopération conclu entre l'État fédéral belge, les communautés et les régions, en ce qui concerne la représentation de la Belgique au sein du Conseil des Ministres de l'Union européenne, peut avoir des incidences sur la codification⁴⁸. De prime abord, cet accord du 8 mars 1994 vise seulement à faire entendre la voix des entités fédérées au niveau européen et à faciliter la transposition des directives européennes. Au-delà, l'accord peut limiter le risque de télescopage entre normes de niveaux différents. Il peut également donner une impulsion à la codification dans la mesure où l'État central et les entités fédérées peuvent sentir le besoin de s'en référer à la loi précitée du 4 août 1996.

c) Le troisième et dernier type de code émane des entités fédérées, région ou communauté agissant dans les limites de leur compétence. Même s'il s'est amorcé depuis longtemps, le fédéralisme en Belgique reste une construction à parfaire. Des codes "régionaux" émergent : pour l'instant, peu nombreux, ils sont sectoriels et concernent des matières neuves : aménagement du territoire et environnement, logement, forêt, etc.

⁴⁵ M. BOES et J. STUYK, « Belgian Report » in *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, Bruxelles/Baden-Baden, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 333-376, pp. 373 et suiv.

⁴⁶ Voir par exemple la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991, p. 19976.

⁴⁷ M. BOES et J. STUYK, « Belgian Report » in *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, op. cit., p. 374.

⁴⁸ Accord de coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions, relatif à la représentation du Royaume de Belgique au sein du Conseil de Ministres de l'Union européenne, 8 mars 1994, *M.B.*, 17 novembre 1994, p. 28209-28222.

A chacun des types de code évoqués ci-dessus ne correspond pas, de façon univoque, un mode de comparaison. Il est néanmoins possible de dégager des régularités ou des liens privilégiés entre tel type de code et tel mode de comparaison.

En ce qui concerne les codes dérivant d'initiatives européennes, le travail de comparaison ne s'effectue plus en priorité lors de l'élaboration du code. Il a lieu en amont lors de la conception de la directive ou du règlement eux-mêmes qui vont faire un compromis entre les traditions juridiques des différents États membres.

La comparaison d'État membre à État membre peut être réalisée à un second niveau, celui de la transposition du texte européen : chaque État membre, confronté à son obligation de transposition, a une tendance naturelle, avouée ou non, à observer le voisin pour s'inspirer de la façon dont il s'acquitte de son devoir. Un déplacement s'opère : il ne s'agit plus de confronter deux traditions nationales mais de comparer la façon dont elles s'ajustent à une norme européenne hiérarchiquement supérieure.

Le droit comparé n'intervient plus dans la conception de la norme mais dans sa mise en œuvre précontrainte au niveau national par le droit européen. Le droit comparé est « en liberté surveillée »⁴⁹ et s'oriente exclusivement vers la comparaison intra communautaire.

Le fédéralisme belge, ainsi qu'on l'a indiqué, a transféré bon nombre de compétences aux entités fédérées. Ainsi, en matière d'environnement, les régions wallonne, flamande et bruxelloise manifestent, depuis plusieurs années, une activité législative et réglementaire intense, soit d'initiative, soit en exécution de directives européennes.

Comme le montrent notamment la matière des études d'incidence, des déchets ou celle de l'accès à l'information relative à l'environnement, la transposition des directives européennes par les décrets régionaux donne assez naturellement lieu à une comparaison interne entre les entités fédérées. Elle a parfois été dénommée, de façon significative, "Droit régional comparé"⁵⁰. Ce genre d'exercice est plutôt le fait de la doctrine belge que du législateur régional qui préfère parfois rester discret sur ses emprunts et sur ses sources d'inspiration.

⁴⁹ Les réflexions développées dans le texte s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux codes ou projets de codes élaborés dans le domaine des télécommunications ou du droit des sociétés suite aux vagues successives de directives européennes visant à la libéralisation du marché et à la liberté d'établissement.

⁵⁰ Tel est le titre donné à l'une des parties de l'ouvrage, *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant 1995, p. 437 et s. où sont reprises diverses contributions procédant à une analyse comparative des réglementations régionales dans le domaine de l'eau, des déchets, des études d'incidences ou des permis environnementaux.

La comparaison s'exerce pour l'élaboration de simples décrets car il y a, à l'heure actuelle, peu de véritables codes régionaux. Un code wallon de l'aménagement du territoire vient d'être promulgué mais il s'agit d'une codification sectorielle⁵¹.

La tentative la plus ambitieuse a été celle de la Commission interuniversitaire pour la révision du droit de l'environnement en région flamande. Placée sous la présidence du professeur Bocken, celle-ci a poursuivi, pendant plusieurs années, un travail important et systématique qui aurait dû, si les circonstances politiques l'avaient permis, conduire à un véritable code de droit de l'environnement⁵². Même dans un travail aussi rigoureux, l'apport du droit comparé reste limité. Ce qui suit est un essai de caractérisation et non une évaluation péjorative.

La comparaison interrégionale est présente sous forme de juxtaposition de même que la référence, souvent obligée, à la législation européenne⁵³. Pour le surplus le recours aux droits étrangers ou aux initiatives internationales, parfois substantielles, relève de la citation plus que de la comparaison. La référence est occasionnelle et illustratrice plutôt que systématique et explicative. Elle remplit une fonction d'information ou d'inspiration, une fonction d'autorité aussi⁵⁴ qui n'est pas sans évoquer certaines notes de bas de page ...

Cette utilisation fragmentaire, parfois allusive, des droits étrangers se retrouve, sur le plan national, dans un projet de codification du droit de la consommation⁵⁵. L'information donnée y vaut par son pouvoir suggestif, ce qui n'est pas négligeable. Il ne semble pas qu'il y ait là droit comparé au sens strict du terme si l'on admet que celui-ci implique un jeu de confrontation des ressemblances et des différences entre deux systèmes de droit ou plus⁵⁶.

Sans doute notre point de vue trahit-il une préoccupation méthodologique qui n'est pas celle du législateur, plus soucieux de paix sociale que de cohérence théorique. Sur le plan législatif mieux vaut une erreur méthodologique aux

⁵¹ Le titre exact en est : Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine (décret du 26 novembre 1997).

⁵² *Voorontwerp Decreet Milieubeleid*, Interuniversitaire Commissie tot Herziening van het Milieurecht in het Vlaamse Gewest, Die Keure 1995.

⁵³ Cf. ex., à propos des études d'incidence, la synthèse relative à la région bruxelloise et à la région flamande (p. 319 et s.) et aux directives européennes.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 335. Sur un plan général, L.J. CONSTANTINESCO (*Traité de droit comparé*, T. III, *La méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 26) voit ce genre d'informations comparatives comme une sorte de "geste révérentiel".

⁵⁵ Le texte lui-même est intitulé "Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs", Ministère des Affaires économiques, septembre 1995. Il s'agit d'une véritable codification réformatrice comme l'indique clairement son introduction.

⁵⁶ Comp. M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ed. Ides et Calendes, Neuchatel 1971, p. 36 pour qui "le processus comparatif va de la simple citation d'un code ou d'un arrêt jusqu'à de vastes synthèses..." et G. HORSMANS, (*op. cit.*, p. 1) qui regrette que "le droit comparé tend à se confondre avec le premier signe d'extranéité, la simple référence étrangère..."

conséquences pratiquement fécondes qu'un apport étranger correctement interprété mais inassimilable sur le plan social !

Quoi qu'il en soit, il ressort de cette première partie que des codifications à visée plus restreinte, et sous contrainte du droit européen, vont sans doute de pair avec une utilisation limitée du droit comparé. Le temps n'est plus aux confrontations d'ensemble et aux comparaisons dualistes de grands monuments législatifs tels que le Code civil ou le BGB.

Parfois même, le temps est à la décodification des grandes oeuvres législatives.

II. Droit comparé, droit européen et décodification

Non seulement les codifications actuelles ont moins d'ambition qu'autrefois, mais un mouvement de décodification frappe aussi bon nombre de pays de la famille romano-germanique⁵⁷.

Phénomène complexe et polymorphe, la décodification désigne certes le recul de la part occupée par les codes dans la production législative et réglementaire⁵⁸. Ce recul n'est pas compensé par des codifications sectorielles qui souvent disjoignent plus qu'elles unifient⁵⁹. La décodification, ainsi qu'on l'a indiqué, peut être plus perverse. Soit elle attaque un code existant du dedans en le modifiant sur des points substantiels sans en respecter la structure, soit elle l'attaque du dehors en maintenant hors du code des dispositions qui devraient naturellement s'y intégrer.

Si le droit européen, arrivé à maturité, peut provoquer l'apparition d'un code au niveau national⁶⁰, il agit aussi comme un facteur de décodification : il entrave la codification nationale⁶¹ ou favorise une décodification "perverse"⁶².

⁵⁷ B. OPPETIT, *op. cit.*, D.S. 1996, chron. p. 35 1ère col.

⁵⁸ J. HOEFFLER, *op. cit.*, p. 769 et s.

⁵⁹ F.OST, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁰ Le Code TVA en est un exemple, le droit des sociétés pourrait en fournir un autre. Dans ce dernier cas, toutefois, le Code civil risque de se voir dépouillé, au profit d'un code des sociétés, des dispositions générales reprises aux articles 1832 et suivants, ce qui est aussi une forme de décodification.

⁶¹ V. les pertinentes remarques de B. OPPETIT, "L'avenir de la codification" in *La codification, Revue Droits* n° 24/1, Paris, P.U.F. 1996, p. 78. Cet auteur mentionne que la Commission supérieure de codification (France) a, en 1991, écarté l'idée d'intégrer dans les codes les dispositions du droit communautaire. Cette position est significative.

⁶² Pour une critique justifiée, v. W. van GERVEN, "Verkokering van het privaatrecht", *Tijdschrift voor Privaatrecht* (T.P.R.), 1991, p. 1021 et s.

Le phénomène est subi plus que voulu par les autorités nationales. Nous nous proposons d'analyser la dialectique droit européen - droit comparé et son rôle dans la décodification dans les domaines de la responsabilité du fait des produits défectueux et des clauses abusives.

Adoptée le 25 juillet 1985 après plus de 10 ans de discussions souvent passionnées, la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁶³ fournit des indications intéressantes sur le rôle du droit comparé aux différents stades de l'élaboration et de la transposition de la norme européenne.

En ce qui concerne l'élaboration de la directive, il n'est pas contesté que les premiers travaux ont été inspirés par la Convention de Strasbourg du 27 janvier 1977 sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles et de décès⁶⁴ et par la responsabilité « stricte » (*strict liability*) telle qu'elle existe aux États-Unis à la suite d'une longue évolution consacrée par le *Restatement of Torts* (402 A)⁶⁵. Bien que l'exposé des motifs de la proposition initiale déposée par la Commission en 1976 n'en porte guère de trace⁶⁶, le droit américain a incontestablement été source d'inspiration et d'impulsion pour les travaux européens⁶⁷. Ni plus ni moins car le texte de 1976, emporté dans les méandres de la procédure communautaire, a fait l'objet de modifications successives pour aboutir à un compromis subtil⁶⁸ : responsabilité en principe sans faute du producteur avec résurgence, dans certains cas, de la notion de faute. Compromis d'abord politique entre des intérêts divergents, ceux des producteurs et des consommateurs, compromis aussi entre des systèmes juridiques nationaux différents dont certains maintenaient le régime de la faute prouvée tandis que d'autres avaient progressivement instauré un régime prétorien fort proche d'une responsabilité objective par une présomption de faute (quasi) irréfragable à charge des fabricants.⁶⁹

⁶³ Voir *supra*, note 4, pour la référence exacte de la directive.

⁶⁴ J. GHESTIN, "La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux", *D.S. Chron.* 1986, p. 135.

⁶⁵ Ce *Restatement of Torts* n'est pas un code mais une œuvre de compilation jurisprudentielle du droit des *Torts*. Il s'agit donc d'un travail impliquant une comparaison interne du droit des États et jouissant d'une autorité importante.

⁶⁶ L'exposé des motifs de la proposition du 9 septembre 1976 est repris dans le *Bulletin des Communautés européennes*, 1976, suppl. 11/76, p. 11 et s.

⁶⁷ Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, L.G.D.G., 1990, p. 32 et s.

⁶⁸ Le terme "compromis" est utilisé par les commentateurs et en particulier par le père de la directive, H.C. TASCHNER, "La future responsabilité du fait des produits défectueux dans la Communauté européenne", *Revue du Marché Commun*, 1986, p. 258.

⁶⁹ Pour plus de détails, M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1982; H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid Rechtsvergelijkend onderzoek naar Belgisch, Frans, Nederlands, Duits, Amerikaans, Engels en Europees recht*, Brussel, Bruylant, 1978.

La directive européenne du 5 avril 1993, sur les clauses abusives, constitue un autre exemple de ce phénomène de décodification⁷⁰. Il existait certes dans presque tous les États membres de la Communauté européenne des dispositions législatives régissant la matière⁷¹. Le législateur européen s'est néanmoins vu dans l'obligation d'intervenir, sur base de l'article 100A CE, en raison des « divergences marquées » entre les législations des États membres⁷². Si la directive réalise une *fertilisation juridique croisée* entre les droits des États membres⁷³, elle n'en fut pas moins accueillie négativement, car les États garantissaient des seuils de protection plus élevés que ceux figurant dans la directive⁷⁴.

Le droit comparé est considéré comme utile ou nécessaire au législateur national. Il est indispensable au niveau européen pour permettre l'harmonisation des différents droits nationaux⁷⁵.

Le repérage des similitudes et des différences entre les droits des différents États membres est un prérequis. La démarche comparative est toutefois d'emblée orientée par la perspective d'une réduction des différences permettant d'aboutir à l'harmonisation souhaitée.

Il en résulte souvent, après négociation, un texte mi-figue mi-raisin comportant des dispositions où les principes affirmés sont immédiatement nuancés, voire battus en brèche, par une série d'exceptions ou d'options laissées aux États membres.

Pour ne prendre qu'un exemple, le producteur responsable du dommage causé par un défaut de son produit (art. 1 de la directive) peut se libérer en prouvant que "l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut" (art. 7 e) de la directive. Ce moyen de défense offert au producteur tiré

⁷⁰ Voir *supra*, note 5, pour la référence exacte de la directive.

⁷¹ Pour un compte-rendu détaillé, cfr. E. HONDIUS, "The Reception of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts by Member States", *European Review of Private Law* 3 (1995), pp. 241-255, pp. 241-242.

⁷² 3ème considérant de la directive.

⁷³ L'expression est de Stephen WEAHERHILL : cfr. « Book Review », *CML Rev.* 1996, p. 184. L'exigence de bonne foi, posée à l'article 3 de la directive, et le « plain language requirement », prévu à l'article 5, illustrent cette fertilisation croisée. Sur cet aspect particulier de la directive, cfr. E. HONDIUS, "The Reception of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts by Member States", *op. cit.*, p. 246 et p. 249.

⁷⁴ J. HUET, « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *Semaine Juridique (JCP)* 1994.I.309.

⁷⁵ Ce point est souligné par W. van GERVEN, "Bridging the unbridgeable : Community and national tort laws after Francovich and Brasserie", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, July 1996, p. 539 et s.

des risques dits de développement⁷⁶ peut toutefois être supprimé par les États membres (art. 15 § 1 b) qui exercent leur option en dérogeant à la directive.

Ce système limite - provisoirement - l'harmonisation européenne. Il est en quelque sorte le tribut payé par le législateur européen aux spécificités juridiques nationales irréductibles, certains États se refusant à introduire une notion qui leur est totalement étrangère, d'autres se refusant à abandonner une notion qui leur est consubstantielle.

Cet échec de l'harmonisation rend nécessaire la poursuite de la comparaison. Souvent la Commission ne renonce que temporairement à son objectif d'harmonisation qu'elle peut décider de réintroduire ultérieurement, quand "les temps sont mûrs"⁷⁷.

Elle le fait notamment sur la base d'une comparaison horizontale portant sur l'évolution des différents droits nationaux et d'une comparaison verticale portant sur la façon dont ces différents droits nationaux ont mis en œuvre la directive.

L'exemple tiré de la responsabilité du fait des produits défectueux livre plusieurs enseignements.

Au niveau européen, la comparaison est orientée par l'harmonisation, ce qui n'est pas le cas au niveau national où elle peut préparer la réception d'une institution (p. ex. le trust) appréciée précisément pour ses différences. Au niveau européen, la comparaison se fait par un "tiers", de législation nationale, à législation nationale, mais aussi de législation nationale à directive européenne, pour contrôler la façon dont celle-ci a été transposée ou encore pour en parfaire le contenu. La comparaison devient un processus continu permettant de contrôler la mise en œuvre de la norme européenne et d'orienter son changement.

Tout ceci n'est pas sans conséquences pour le législateur national qui nourrirait quelques espoirs de codification. Que doit-il transposer ? Une norme européenne, soumise à révision périodique, "patchwork" juridique recomposant de façon subtile les pièces tirées de différents droits nationaux⁷⁸.

⁷⁶ V. O. BERG, "La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux", *Semaine Juridique (J.C.P.)*, 1996, I, 3945.

⁷⁷ Un exemple récent en est fourni par une proposition de la Commission visant à inclure les matières agricoles et les produits de la chasse dans le champ d'application de la directive. V. avis du Comité économique et social sur la "Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 etc.", *J.O.C.E.* C 95/69 du 30.3.98.

⁷⁸ On force volontairement le trait. Une directive européenne force aussi très souvent le législateur national à surmonter certaines rigidités ou certaines distinctions sacro-saintes (p ex. responsabilité contractuelle v. responsabilité délictuelle) mais contestables.

Même s'il est animé de grandes ambitions comparatistes, sa marge de manœuvre est étroite puisqu'il doit se conformer aux objectifs fixés par la directive.⁷⁹

En exagérant, on pourrait considérer celle-ci comme une espèce très particulière de droit comparé obligatoire pour le législateur national, droit comparé pré-rédigé et pré-digéré, remanié, retransformé par plusieurs mois, voire plusieurs années de négociations dans les instances communautaires. Sur certains points cependant, comme les options de la directive européenne, le législateur national, surtout s'il a tardé à transposer, a la faculté de jeter un coup d'oeil chez ses voisins plus prompts à s'exécuter dont les solutions peuvent lui servir de précédent.

La relative instabilité de la norme européenne, ainsi que sa prolixité, qui s'explique par les nécessités du compromis, ne favorisent pas l'entreprise de codification nationale.

En ce qui concerne la responsabilité du fait des produits défectueux, il est significatif que les pays européens aient transposé la directive, non pas en l'intégrant dans un code existant⁸⁰, ce qui était possible pour certains d'entre eux, mais en adoptant une loi particulière hors code.⁸¹ Même la France, qui a pris le temps de la réflexion puisqu'elle a transposé la directive avec dix ans de retard⁸², a opté pour une loi particulière. Celle-ci trouve certes place dans le Code civil français aux articles 1386-1 à 1386-18 d'un titre IV bis "De la responsabilité du fait des produits défectueux". Il nous paraît toutefois qu'il s'agit d'une intégration plus formelle que réelle.

Le législateur national doit-il être critiqué pour avoir ainsi entériné la décodification sur un problème aussi essentiel que la responsabilité du fait des produits ? A notre avis non.

Il subit, comme tout le monde, l'accélération du temps juridique. Et surtout - là est sans doute l'essentiel - la directive européenne, dont l'objectif avoué est la suppression des disparités susceptibles de fausser la concurrence,

⁷⁹ En théorie, les directives européennes fixent les résultats à attendre "tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens" (Article 189 du Traité). En pratique, certaines directives sont tellement précises qu'il devient difficile de les distinguer des règlements obligatoires dans tous leurs éléments.

⁸⁰ Le choix existait pourtant. Il est d'ailleurs évoqué par KRÖGER dans "Problèmes d'application de la directive européenne dans les différents États membres", *Annales de Droit de Liège*, 1987, p. 300.

⁸¹ V. le premier rapport de la Commission des Communautés européennes concernant l'application de la directive du conseil sur la responsabilité du fait des produits défectueux (COM (95) 617 final).

⁸² La France a transposé la directive par une loi n° 98-389 du 19 mai 1998 alors que le délai ultime de transposition était fixé au 30 juillet 1988 ! Sur cette loi, P. JOURDAIN, "Aperçu rapide sur la loi 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux", *Semaine Juridique (JCP) Entreprise et Affaires*, 28 mai 1998, p. 821.

visé aussi à protéger les consommateurs victimes des dommages causés par un produit défectueux. Afin de mettre en œuvre ce second objectif prioritaire, la directive en son article 13, maintient en faveur des victimes les actions en responsabilité prévues par le droit commun national.

Le droit européen ne se substitue donc pas intégralement au droit matériel de chaque État, il s'y ajoute. Comme l'écrit M. FALLON⁸³, « cette technique législative traduit une préférence à l'objectif de protection sur celui de l'harmonisation. Son résultat est le maintien du droit matériel national existant, avec ses développements essentiels ». Cette dualité des régimes rend difficile un travail d'intégration véritable et donc de codification.

Conclusions

La Belgique est devenue un État fédéral tout à fait singulier. Les multiples ordres juridiques qui y cohabitent aujourd'hui - État, régions, et communautés - cherchent un équilibre encore fuyant. Comme l'écrit Francis Delpérée de façon suggestive, les structures actuelles de l'État belge font penser aux mobiles de Calder : « C'est dans le mouvement qu'ils trouvent leur exacte et éphémère configuration ».

Pour l'heure, deux constats s'imposent : d'abord, les réformes constitutionnelles belges, entamées il y a un quart de siècle, ne sont pas toutes achevées et le processus de fédéralisation à *la belge* doit encore se poursuivre. L'état d'instabilité chronique provoqué par ce mouvement permanent de réformes constitutionnelles entrave les tentatives de codification.

Second constat : le stock de normes belges grossit chaque jour. Cette prolifération législative, commune à la plupart des États contemporains, est aggravée en Belgique par l'autonomie des nouvelles entités fédérées. Les normes de l'État, des trois régions et des trois communautés se superposent au risque parfois de se télescoper.

Faut-il y insister ? La Belgique se vide « par le bas », mais aussi « par le haut ». Les institutions européennes produisent plus de normes que les gouvernements nationaux⁸⁴. Tout en affirmant le principe de subsidiarité, Jacques Delors relevait qu'en 1998, 80% de la législation des États membres de l'Union européenne, en matière économique et sociale, serait d'origine communautaire⁸⁵.

⁸³ M. FALLON, *op. cit.*, 1982, p. 68 et 69.

⁸⁴ G. MAJONE, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Monchrestien, 1996, p. 104 et s.

⁸⁵ *Ibidem*.

Appelées à être transposées dans les différents droits nationaux, les normes européennes sont soumises à des révisions constantes, ce qui implique une instabilité permanente⁸⁶.

Le justiciable et le juge se perdent dans ce tourbillon législatif⁸⁷. L'idéalisme révolutionnaire où « L'idée d'un changement possible de législation était écartée comme un scandale et l'abrogation d'une loi [était] regardée comme une mesure tout à fait exceptionnelle » est révolu⁸⁸. Il n'existe plus de normes immuables. La loi est vite obsolète.

Sous cette avalanche de normes, les codes existants volent en éclats et perdent leur statut d'« arches saintes »⁸⁹. Faire oeuvre codificatrice relève, semble-t-il, de la gageure. La directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux en offre une illustration frappante. Si l'on s'en tient à l'exemple français, la volonté du législateur de transposer directement les dispositions nouvelles dans le texte même du Code civil venait du fait qu'il avait « l'ambition de remodeler l'ensemble des règles de responsabilité applicables aux fabricants et aux revendeurs professionnels, y compris le régime de la vente, en particulier celui de la garantie contre les vices cachés »⁹⁰. Cette ambition a été abandonnée lorsqu'il est apparu que les institutions européennes comptaient adopter de nouvelles directives en la matière et notamment une directive sur la vente et les garanties des biens de consommation.

Nombre d'exemples contemporains montrent toutefois qu'il reste possible de codifier. La France, par exemple, a institué, par décret, une Commission supérieure de codification, qui a donné une impulsion nouvelle à la codification française⁹¹. En Grèce, la Constitution prévoit que la Chambre des députés peut adopter, par une loi particulière, un code rédigé par une commission spéciale

⁸⁶ L'état d'instabilité des normes entraîne aussi un recours fréquent aux experts qui ne sont pas forcément versés dans le travail législatif. Sur ce sujet, cfr. François TERRÉ, « La 'crise de la loi' », *Archives de philosophie du droit*, Tome 25 (La loi), Paris, Sirey, 1980, p. 17-28.

⁸⁷ Cfr. entre autres A. PERDRIAU, « L'excès de textes qui accable le juge », *Gazette du Palais*, dimanche 3 - mardi 5 août 1997, n° 215-217, p. 4-5.

⁸⁸ G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, Tome 9, Paris, Sirey, 1939, p. 7-55, p. 16. D'après Jacqueline de ROMILLY, chez les Locriens : « Quiconque propose une loi nouvelle le fait la corde autour du cou. La proposition paraît-elle louable et utile, l'auteur se retire, la vie sauve. Sinon, on serre la corde, et c'est la mort », in *La loi dans la pensée grecque*, Paris, éd. Les Belles Lettres, 1971, p. 204.

⁸⁹ L'expression est de Bigot-Préameneu. Cité dans G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *op. cit.*, p. 16.

⁹⁰ G. VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 15 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 291-299, p. 291.

⁹¹ Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, *J.O.R.F.*, 13 septembre 1989, p. 11560. Sur l'activité de cette commission, cfr. ses rapports annuels depuis 1990. Cfr. aussi la revue *Droits*, n°24 (La codification), Paris, 1996.

habilitée à cet effet (l'adoption de la loi se faisant sur l'ensemble du code)⁹². Aux États-Unis enfin, il existe depuis longtemps⁹³ un travail considérable de systématisation du droit par voie de recueils jurisprudentiels (les *Restatements*) ou de codifications législatives fédérales (ex. *Administrative Procedure Act*⁹⁴) ou interétatiques (les *Uniform Laws*). Le travail le plus remarquable de la *National Commission on Uniform State Laws* est sans doute le *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) portant sur l'essentiel des transactions commerciales américaines (contrats de vente de marchandises, garanties mobilières, chèques et effets de commerce, lettres de crédit, etc.).

Nous avons insisté plus haut sur l'effet de *décodification* qu'entraînent les initiatives européennes. Il n'est pas impossible qu'à l'avenir, elles favorisent aussi un regain de *codification*. Il faut toutefois reconnaître que les institutions européennes ne se distinguent pas par de grandes ambitions dans ce domaine. Elles s'en tiennent le plus souvent à de simples « toilettes » de textes⁹⁵.

Dans une résolution de 1994 le Parlement européen en a appelé à un vaste effort de codification qui ne se limite pas au « simple recatement des textes concernés »⁹⁶. Cet appel s'explique par la volonté d'améliorer l'accessibilité des textes européens et de favoriser l'achèvement du marché intérieur.

De manière plus prospective encore, le Parlement européen estime qu'il faut entamer des travaux d'élaboration d'un « Code européen commun de droit privé » et demande que soit constituée une commission spéciale composée de scientifiques qualifiés⁹⁷. Il encourage aussi le soutien et la participation des institutions européennes aux instances de codification existantes telles UNIDROIT, UNCITRAL, le Conseil de l'Europe et la « Commission on European Contract Law » (*Commission Lando*).

Il est permis d'espérer que la méthode comparative et la codification finiront bien par se rencontrer.

⁹² Constitution de la République de Grèce du 9 juin 1975, article 76 : cfr. S. GILCART, E. CEREXHE, et L. le HARDÏ de BEAULIEU, *Douze constitutions pour une Europe*, op. cit.

⁹³ Le barreau américain (*American Bar Association*) a nommé la première commission sur l'unification des lois étatiques (*Committee on Uniform State Laws*) en 1889.

⁹⁴ La *Administrative Procedure Act* (A.P.A.) de 1946 recouvre l'essentiel de la procédure administrative non contentieuse aux États-Unis.

⁹⁵ Sur ce sujet, cfr. S. DRAGONE, « La codification communautaire : techniques et procédures », *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1998, p. 77-94, p. 80-81.

⁹⁶ Résolution sur le onzième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur le contrôle de l'application du droit communautaire - 1993 - (COM(94)0500 - C4-0011/94, *J.O.C.E.*, N° C 43 du 20 février 1995, p. 122-125, point 7.

⁹⁷ Résolution sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, *J.O.C.E.*, N° C 205 du 25 juillet 1994, p. 518-519.

X. THUNIS et F. van der MENSBRUGGHE
Faculté de Droit de Namur - Belgique

CAHIERS DISPONIBLES

- N° 1 : Destin, liberté et culpabilité en droit romain classique, R. ROBAYE, mars 1998, 0,99 EURO.
- N° 2 : Le casse-tête de la définition légale de l'A.S.B.L., M. COIPEL, juillet 1998, 1,98 EURO.
- N° 3 : Vers une légalisation de l'euthanasie volontaire ? Réflexions à propos de la thèse de l'autonomie, Et. MONTERO, juillet 1998, 1,49 EURO.
- N° 4 : Quelques considérations sur le droit du cyberspace, Y. POULLET, septembre 1998, 1,98 EURO.
- N° 5 : Quelques réflexions sur la normativité juridique et la normativité bioéthique, J.-L. BAUDOUIN, Juge à la Cour d'appel du Québec, septembre 1998, 0,99 EURO.
- N° 6 : Autour de Léo Moulin, Cl. JAVEAU et Ph. THIRY, septembre 1998, 0,99 EURO.
- N° 7 : Codification et décodification : le droit comparé à contribution, X. THUNIS et Fr. van der MENSBRUGGHE, octobre 1998, 0,99 EURO.
- N° 8 : Hegel et le droit, Ph. THIRY, octobre 1998, 2,97 EURO.
- N° 9 : Rhétorique et philosophie, le débat oublié, R. SCHMETZ, février 1999, 1,98 EURO.
- N° 10 : La place des aînés dans la société de demain, P. DUCHESNE, février 1999, 1,49 EURO.
- N° 11 : L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse des comparaisons, C. GOUX, février 1999, 2,48 EURO.
- N° 12 : L'action paulienne et la tierce complicité : points de contacts, I. BANMEYER, février 1999, 2,48 EURO.
- N° 13 : L'efficacité des politiques de lutte contre la pauvreté : tentative épistémologique de solution, N. BERNARD, avril 1999, 2,48 EURO.
- N° 14 : Droit et croyances populaires dans les Sociétés africaines traditionnelles, Ch. NTAMPAKA, avril 1999, 1,49 EURO.
- N° 15 : Le jusnaturalisme d'Aristote, X. DIJON, avril 99, 2,48 EURO.

- N° 16 : La clause pénale : droit commun et régimes particuliers, P. WERY, novembre 1999, 2,48 EURO.
- N° 17 : Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blancheneige, J. FIERENS, décembre 1999, 1,49 EURO.
- N° 18 : La tierce complicité. L'évolution jurisprudentielle. Les suites de l'arrêt de 1983, Ch. WAUTERS (étudiant en 2de candidature - prix du meilleur travail de droit 1998-1999), décembre 99, 1,98 EURO.
- N° 19 : Le droit européen de l'environnement : le discours et la règle, X. THUNIS, février 2000, 0,99 EURO.
- N° 20 : Vers une légalisation de l'euthanasie volontaire ? Réflexions à propos de la thèse de l'autonomie, Et. MONTERO, février 2000, 1,49 EURO.
- N° 21 : La sagesse du juge : le devoir avant la vertu, X. THUNIS, mai 2000, 0,99 EURO.
- N° 22 : Violences légitimes ? Les sportifs face à leur responsabilité, W. CASSIERS, juin 2000, 1,98 EURO.
- N° 23 : Le service universel : une notion à cerner pour un champ politique à identifier, J.-M. CHEFFERT, août 2000, 1,98 EURO.
- N° 24 : La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés extrait des Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe, M. COIPEL, novembre 2000, 1,98 EURO.
- N° 25 : Le processus d'institutionnalisation des comités d'éthique en Europe : diversité et complexité des situations, M.-L. DELFOSSE, mars 2001, 0,99 EURO.
- N° 26 : Hommage à Jean du Jardin, M. SCHEUER, H. VUYE, Y. POULLET, J. du Jardin, mai 2001, 1,49 EURO.
- N° 27 : La responsabilité du fait des animaux (article 1385 du Code Civil), S. MAHIEU (étudiante en 2de candidature - prix du meilleur travail de droit 2000-2001), janvier 2002, 1,98 EURO.
- N° 28 : Introduction à l'œuvre de Ch. Perelman, R. SCHMETZ, septembre 2002, 0,99 EURO.
- N° 29 : Des discours éthiques dans les avis du comité consultatif de bioéthique, M.-L. DELFOSSE, octobre 2002, 1,98 EURO.